

## **СПЕЦІАЛЬНЕ ПОВНОВАЖЕННЯ ЯК ПРАВОВА ПІДСТАВА ЗДІЙСНЕННЯ ФУНКЦІЙ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ**

*Михайленко Д.Г.*

*Національний університет «Одеська юридична академія»,  
доцент кафедри кримінального права, кандидат юридичних наук*

Віднесення тієї чи іншої особи до числа службових здійснюється одночасно на підставі функціонального (матеріального) принципу та принципу «фактичного зайняття посади» (формальний принцип). Матеріальний принцип відображається в Законі вказівкою на функції представника влади, організаційно-розпорядчі та адміністративно-господарські функції, а формальний принцип – на те, що службовими є особи, які займають певні посади або мають правовий зв'язок у вигляді спеціального повноваження з уповноважуючою організацією (особою). Спеціальне повноваження як правова підстава здійснення функцій службовою особою не знайшло належного відображення в доктрині кримінального права та практиці його застосування, а тому потребує наукового осмислення.

Особа може бути наділена спеціальним повноваженням лише суб'єктом, який міститися у вичерпному переліку, поданому ч.3 ст.18 КК та п.1 примітки до ст.364 КК. Зазначений перелік є більш розгорнутим порівняно з роз'ясненням, що закріплене в п.1 постанови Пленуму ВСУ № 5 від 26.04.2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво» (далі – Постанова), за яким особа діє за спеціальним повноваженням за умови, що зазначені функції покладено на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Тим часом видається, що деталізація у КК суб'єктів, які можуть наділити особу спеціальним повноваженням (джерела повноваження), є зайвою, а окрім цього – суперечливою. Так, оскільки органи державної влади включають у себе центральні органи державного управління із спеціальним статусом, то останні вказувати у ч.3 ст.18 КК та п.1 примітки до ст.364 КК не варто, оскільки це буде повтором. Також необхідно зауважити, що у КК не передбачено можливості повноважних службових осіб державних чи муніципальних органів наділяти

інших осіб спеціальним повноваженням, тоді як така можливість є у повноважних осіб підприємств, установ, організацій, що є прогалиною.

Варто звернути увагу, що відповідно до п.2 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про хабарництво» № 12 від 07.10.94 р. для визначення наявності спеціального повноваження вимагалось встановити не тільки правомочність суб'єкта, який покладає відповідні обов'язки, а й те, що вони покладені у встановленому законом порядку. Дещо по-іншому розуміє цю ознаку Верховний Суд РФ. Так, відповідно до п.1 постанови Пленуму ВСРФ «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» № 6 від 10.02.2000 г. виконання службових функцій по спеціальному повноваженню означає, що особа виконує функції, покладені на неї законом, нормативним актом, наказом чи розпорядженням вищестоящої посадової особи чи правомочним на те органом чи посадовою особою. Наведені відмінності, суперечності та зміни в розумінні виконання функцій службової особи за спеціальним повноваженням не сприяють правильності правозастосування, тому необхідно виробити більш конкретну систему його характеристик.

Видається, що наведенні у КК та зазначених постановах вищих судів ознаки спеціального повноваження тільки у сукупності можуть наблизити до правильного визначення його наявності. Крім того, не виключена можливість наділення спеціальним повноваженням особи безпосередньо єдиним джерелом влади в Україні, яким є народ. У зв'язку з цим, виконання відповідних обов'язків за спеціальним повноваженням буде мати місце у випадку, коли: 1) зазначені обов'язки покладені на особу Українським народом, законодавством (а не законом, як це вказано у КК, адже спеціальним повноваженням можуть наділяти й через інші нормативно-правові акти), правомочним органом чи службовою особою (саме службовою, а не просто особою, як це зазначено в п.1 примітки до ст.364 КК, адже неслужбова особа не може передати повноваження службового характеру через їхню відсутності у неї), або судом (зазначене характеризує джерело повноважень); та 2) у встановленому законодавством порядку (наведене характеризує порядок покладення повноважень). Проте наведених двох характеристик недостатньо.

Найбільш гостро у зв'язку з проблемою, що розглядається, стоїть питання щодо форми оформлення такого повноваження. Переважна більшість науковців висловлюється за те, що спеціальне повноваження повинно бути належним чином оформлене (положенням, наказом, довіреністю тощо) (Аснис О.Я., Волженкін Б.В.), мати характер правового акта (Галахова А.В.). Інші ж зазначають, що спеціальним повноваженням особа може наділитися і за усним розпорядженням правомочної особи (Яні П.С.). Якщо звернути увагу на наведені роз'яснення Верховних Судів, то виявиться, що буквально їх розуміння не виключає усного покладення відповідних функцій. Постанова Пленуму Верховного Суду СРСР «О судебной практике по делам о взяточничестве» № 16 від 23.09.1977 р. прямо допускала можливість виконання обов'язків службової особи за усним розпорядженням керівника. Проте вже досить давно суди України підтримали протилежну позицію, хоча вона і не відображена в роз'ясненнях вищих судів.

Проте позиція переважної більшості науковців, підтримана судами України, все ж видається сумнівною. У літературі зазначається, що усні накази не в усіх випадках є чіткими та зрозумілими, а тому під час з'ясування конкретних повноважень відповідної посадової особи можуть виникнути труднощі (Мельникова В.Е, Максимович Р.Л.). Дійсно, можлива ситуація, коли усний наказ не буде чітким, але ж і письмові накази можуть мати таку ваду, тому наведений аргумент є непереконливим. У зв'язку з цим видається, що форма покладення повноважень не впливає на віднесення тієї чи іншої особи до числа службових, головне, щоб така форма відповідала законодавству. Так, у деяких випадках порядок і форма наказу (розпорядження) прямо нормативно регулюється. Відповідно до п.35 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України наказ можна віддавати усно або письмово, при цьому він повинен бути сформульований чітко і не може допускати подвійного тлумачення. Варто мати на увазі, що в статутах підприємств також можна закріпити як належну усну форму розпоряджень керівництва. З наведеного можна зробити висновок, що форма покладення спеціального повноваження не повинна мати правового значення, головне, щоб вона допускалася законодавством.

Таким чином, регламентація у КК спеціального повноваження, є не тільки зайвою і суперечливою, а й неповною, оскільки передбачається лише вказівка на джерело такого повноваження, тоді як виконання службових функцій за спеціальним повноваженням може мати місце лише тоді, коли: 1) належним є джерело повноважень, тобто зазначені обов'язки покладені на особу Українським народом, законодавством, правомочним органом чи службовою особою, або судом; 2) такі обов'язки покладені у встановленому законодавством порядку; 3) форма їх покладення допускається законодавством.

На думку деяких авторів, необхідність у визначенні службової особи зберігати вказівку на виконання службових функцій по спеціальному повноваженню відсутня, оскільки така ознака охоплюється випадками тимчасового їх виконання (Квіцинія А.К.) або не несе визначеного правового змісту (Аслаханов А.А.). Із такою позицією варто погодитися, але з іншої причини. Аналіз формального критерію віднесення особи до числа службових показує, що він досить складно виражений у КК, що дещо приховує його ідею, яка, як видається, полягає в тому, що особа виконує службові функції не інакше як на відповідній правовій підставі (за посадою чи за спеціальним повноваженням). У зв'язку з цим, видається, що є можливість ч.3 ст.18 КК та п.1 примітки до ст.364 КК суттєво спростити, побудувавши визначення службової особи виключно за змішаним принципом, вказавши, що службовими є особи, які на правовій підставі здійснюють функції представників влади чи організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції. Саме ж поняття «правова підстава» доцільно роз'яснити у Постанові та розуміти під ним здійснення відповідних функцій у зв'язку з обійманням посади чи за спеціальним повноваженням.